D. IOANNIS DE ORIVE E MONTEHERMOSO ANTIQVARIENSIS, IVRIS PRVdentiæ cultoris, Prouinciæ Beticę, in Salmanticensi Academia Consiliari.

AD PAVLVM LIBRO QVINQVAGESIMOSEPTIMO AD EDICTVM, IN L. SI is qui soluendo 57. D. hæred. instit. per DD. Ferdinandũ Arias vt moris est, sortita. Et viginti quatuor horarum spatio in maioris Diui Bartholomæi Collegij Lycæo coram grauissimo adstantium cœtu, disceptata relectio.

Sub Auspicijs Illustrissimi & nobilissimi D. D. Antonij de Luna Heriquez, Comitum de Saluatierra dignissimi filij, maioris veteri Collegij Diuo Bartholomæo sacri Salmanticæ alumni.



Salmanticæ ex Officina DIDACI A CVSIO. Anno 1629.

Licencia.

EL Doctor don Gabriel de Cespedes y Maldonado del Consejo de su Magestad, Maestre-escuela de Salamanca Cancelario y Iuez ordinario desta Vniuersidad, doy licécia a qualquier Impressor desta Ciudad, para que pueda imprimir esta repeticion de don Iuan de Oriue Montehermoso Consiliario de la nacion de Andalucia, a la ley *si is qui soluendo* 57. *ff. de hæred. instit.* Fecha en Salamanca à 19. de Setiembre, 1629.

G. Scolasticus Salmantinus.

ILLVSTR. ET NOB. V.

D.D. ANTONIO DE LVNA HENRIQVEZ, COMITVM DE SALVATIERRA dignissimo filio, maioris veteris Collegij Diuo Bartholomæo sacri doctissimo alumno.

D. Ioannes de Oriue Montehermoso Antiquerensis, Iuris prudentiæ cultor, Prouintiæ Beticæ, in Salmanticensi Academia Consiliarius.



TVDIORVM In litterario hoc epulo (nobilissime Antonij) promulsidem aut gustum damus, plures illaturi missus, si primi non ingrati. Te conuiuij magistrum & modimperatorem creamus, palam, non per tabellam, nec sorte, sed iudicio. Cui enim prius parata iam & condita fercula anteponēda, quā tibi, qui primus & potissimus author parandi, condiendi. Aut quē potius tenellus hic ingenij nostri fœtus patronum ambiret, quam te, cuius doctrina & magisterio potissimū conceptus, editus & educatus est. Obtigit te præsente in Salmāticēsis atrio Athenæi disputationi nostræ locus, que & tempore postea lustrauimus te adsidente, quē nunc publicū facimus te fauente. Proprium hoc tuum inter tot alia nobilitatis decora, quæ non penetro, sic docentibus mentē dare, quasi nunc disceres, sic discentibus manum, quasi publice, non doceres, & breuiter, vt dicā, de litteris benemereri sine ambitione aut pompa. Testem cieo Salmanticensem Academiā, cuius vel perisstijlia clamabunt datū à te in extraordinarijs prælectionibus eruditionis & industriæ, in publicis disceptationibus, ingenij si oppugnas, & prudentiæ, si propugnas, specimē. Accedit singularis humanitas, probitas incredibilis, pietas & religio Principe viro digna, quibus (liceat cōmune illud insigne tuū facere) micas inter omnes vel*ut* inter ignes, Luna, minores, *sed hæc alibi vt altius dicenda. Interim hoc gratitudinis nostræ symbolum, obseruantiæ monumentum, qua polles potestque manu, Protege contra calumniarum impetum. Et Reipublicæ bono fœlix.*

Nestoris viuas diuturnus annos:
insuper centum; totidemque centum;
millies centum: totidemque mille
millia mille.

Del

Del Licenciado Diego de Bargas, â Don Iuan de Oriue y Montehermoso Soneto.

ACROSTICO.

D octa mano descriua tu eloquencia
O Phenix tierno, cuya voz suaue
N aciendo humano, lo diuino sabe
I siendo niña nos leyó experiencia
V ença lo mas dificil tu prudencia
A lcance tu presteza lo mas graue
N aciendo empieces y naciendo acabe
D e darte perfeccion tu suficiencia
E scriue Phenix raro, Cisne escriue
O riue Iuero, en quien los doctos ritos
R enacen si tu pluma los descriue
I lustrate por siglos infinitos
V iue feliz y uuenturoso viue
E terno en tu niñez y tus escritos.

Thomas Lopez â Leone D. Ioanni de Oriue & Montehermoso sui charissimo condiscipulo, meritissimoque huius Salmanticensis Academiæ Beticæ nationis Consiliario, hæc disticha in laudem eius libens obtulit.

Pulcher Apolo, tua, præcingito, Daphnide, nostra
Tempora, Calliope, tuque Talia, faue.
Tu Clio, perdocti, laudes, vt dicere possim,
Oriui, alterno pectine ferto pedem.
Qualiter hic tellus gemmantes explicat herbas;
Et monstrat fructus arbor opaca suos.
Qualiter & pugnans, vincit Carthaginis arces
Scipio tam iuuenis, peneque miles adhuc.
Sic labor ostentat, studijs præsagia, cultus:
Ingenij, & chartà hàc, grandia dona, tui.
Sic te pugnando, Martem Salmantica cernit,
Legibus; perdoctos subijcit atque tibi.
Longé alios superos pandens penetralia iuris:
Non tibi præclaro tempus inane fuit!
Sedule, quis te vincat, te nisi vincat in annis?
Vincere si ingenio tentet, inanis erit.
Cuncta tibi laudes præstet gens, doctior atque:
Pro cunctis vnum fama loquatur opus.

AD L. SI IS QVI SOLVENDO 57. ff. de hæred. instit.



EDIT Academica sors (vtinam fœlix vtinã fausta) enucleãdũ difficile I.C. Pauli respõsum, quod inuenitur lib. 57. ad edictum, in l. si is qui soluendo ff. de hæredit. instit. in cuius interpretatione, certos constituam terminos. Primò etenim Pauli litterã fideli referam memoria, deinde rationem dubitandi & decidendi pro vtraque parte (scilicet tam pro instituto ab eo, qui soluendo non erat, quàm substituto libero) asignabo, breuique paraphrasi litteram exponam, vt facilius pateat, & statim materiam, circa quam futurus sit sermo, percipiatis.

Cum igitur talis quæstio moueretur, vtrùm si sit libertas relicta seruó hæredi instituto ab eo, qui soluendo non erat, eique substitutus homo liber datus, qui volebat adire hæreditatem, locus sit institutioni seu substitutioni, ex regulis legis Æliæ Sentiæ? Optimè Paulus dicto lib. quinquagesimo septimo ad edictum in hæc verba resolutionem proposuit. *Qui soluendo non erat, seruum cùm libertate hæredem instituerit, & liberum substituerit: ante incipiendum erit à substituto. Lex enim Ælia Sentia ita demũ ei qui in fraudem creditorum hæres institutus est, conseruat libertatem, si nemo alius ex eo testamento hæres esse potest.* Ex quibus verbis duplex regula secundum constitutionem legis Aeliæ Sẽtiæ colligitur: aut enim institutus seruus ab eo, qui soluẽdo nõ erat, solus inuenitur, aut cum altero homine libero in via institutionis aut substitutionis: si enim primò modo cõsideratur lex Aelia Sentia libertatem cõseruat, licet in fraudem creditorum. Si & alter institutus aut substitutus est, minimè, quoniam deficit ratio, quam postea numeris sequentibus ad rationẽ decidendi percipiemus. Confirmãt & tractant I.C. nostri decisionem l. si is qui soluendo 57. l. si non lex 83. ff. de hæred. instit. Iulianus lib. 60. digestorum in l. cum hæreditas 5. Africanus in l. cum is qui sub conditione 8. l. in fraudem 10. l. si mortis 8. Sceuola in l. 26. ff. qui & à quib. manum. lib. non fiant, l. ait Prætor, 1. l. ait Prætor 10. §. si quid in fraudem cum §. sequenti, l. primo gradu 23. ff. quæ in fraudem creditorum, l. 1. l. si in fraudem 5. C. qui manumittere non possunt, & ne in fraudem creditorum man. confirmant nostri textus sententiam §. non tamen, §. licet autem, cum omnibus sequentibus instit. quibus ex caus. manumit. non licet, text. in §. necessarius institut. de hæred. qualit. & dif. §. hæc cõstitutio instit. de eo cui libert. causa bona addic. §. itẽ si quid in fraudem instit. de actionib. l. 3. & l. 21. tit. 3. part. 6. l. 7. cum sequentibus, tit. 15. part. 5. explicant & exornant præter ordinarios iuris interpretes, Franc. Duaren. ad tit. de hæred. instit, cap. 2. idem Franc. Duaren. in l. seruum filij 44. §. si idem seruus, ff. de legatis & fideicommis. lib. 1. Iacob. Cuiat. in comment. ad tit. de verb. signific. in l. creditorem 10. idẽ Cuiat. in comment. ad tit. de reg. iur. in l. fraudis 70. idem Cuiat. lib. 21. quæst. Pauli, ad l. Imperatorem 52. ff. de man. testam. idem Cuiat. lib. 64. Digesto

rum Iuliani, ad leg. cum hæreditas 5. ff. qui & à quibus manumissi liberi non fiant, Donel. lib. 2. comment. c. 27. & ibi Osualdus lit. H. idem Donel. lib. 23. comment. ca. vltimo, Alexand. Turam. de exæquatione legatorum cap. 5. Rebard. 2. con. cap. 1. Conan. lib. 2. comment. cap. 5. Claudat agmen vnus pro cunctis noster Magister Anton. Pichar. per totum tit. instit. quibus ex caus. manumit non licet, etiam Anton. de Pichardo in §. necessarius 2. instit. de hæred. qualit. & dif. & in §. item si quis in fraudē instit. de act.

Sed cum in hac Pauli disceptatione pro vtroque, tam scilicet pro instituto seruo ab eo qui soluendo nō erat, quàm libero substituto, ratio iuris subnixa principijs appareat, & quasi æqualibus armis vtrique fungantur ad eius litem prosequendam. Videndum erit quid de instituto seruo dicēdum est, an admittatur excluso substituto, & deinde an admittatur liber substitutus secundum propositam sententiam à nostro Paulo? Pro prima etenim parte huius quæstionis videtur seruum admitti debere ad hęreditatem: nam in lege Ælia Sētia obseruatur, vt si duo plures ve scripti hæredes sint, ille qui in primo gradu inuenitur, cæteris exclusis locum hæredis necessarij sortiatur, vt optimè Celsus in l. qui soluendo 60. ibi: *Solus qui primo loco scriptus est hæreditatem capit, nam lege Aeliasentia ita cauetur, vt si duo plures ve ex eadem causa scripti sint hæredes, vti quisque primus scriptus ita hæres sit*, dicta l. si non lex 83. §. temporibus, ff. de hæred. instit. arguto text. in l. generaliter 24. §. quid ergo, ff de fideicomm. libert. ergo quęstio Pauli non resoluitur in nostro textu respectu legis Aeliæ Sentiæ, siquidem ex dictis contrarium colligtiur.

Meritoq; dicendū erit, laudem huius decisionis in hac Pauli qnæstione potius instituto quàm libero substituto esse attribuendam, cū ex alio principio legis Aeliæ Sentiæ constet, quod in vno eodēque casu seruus institutus ab eo, qui soluendo nō erat, inuenitur necessarius cum alio hærede libero, sicut infertur ex eleganti decisione Cai in l. 88. ff. hoc titulo de hæred. instit. cuius verba vt maximè ad nostrum institutū pertinētia proponam. *Ei, qui soluendo non est, aliquo casu euenit, vt & seruus cum libertate hæres existat, & præterea alius hæres adijciatur, veluti si seruo cum libertate hærede instituto ita adiectum sit: Si mihi Stichus hæres erit, tunc Titius quoque hæres esto, nā Titius antequam Stichus ex testamento hæres extiterit, hæres esse non potest. Cum autem semel hæres extiterit seruus, non potest adiectus efficere, vt qui semel hæres extitit desinat hæres esse.* Ecce ibi inuenitur libertas in fraudem creditorum concessa, licet liber homo, vt cohæres sit adiectus, quamuis singulari ratione sustineatur, propter illā nēpe, *nō potest adiectus efficere vt qui semel, &c.* ergo saltim casu singulari debet admitti seruus institutus ad hæreditatē, quamuis non excludatur substitutus, nimirùm ne illud inconueniens admittatur, vt substitutio sit prima institutio contra regulam text. in l. Cicero 39. ff. de pœnis, l. si quis 25. ff. de testam. l. precibus 8. C. de impub. l. 1. ibi: *Substitutus en latin tanto quiere dezir en romance como otro hæredero que es establecido del testador en el segundo grado*, tit. 5. part. 6. Francisc. Conan. lib. 10. ca. 7. num. 2. Anton. Gomez 1. tomo cap. 3. num. 1. Petrus Greg. 3. parte syntag. lib. 42. tit. 10. n. 2. Iacob. Cuiat. in comment. ad tit. de vulg. & pup. substitutione in l. 1. noster Anton. de Pichardo in expositione tit. de vulg. nu. 1. etiam Pichardo in lect. de vulg. cap. 2. Dicendumque erit sententiā Pauli in

sii in fauorem instituti liberi, cùm fundamēta dicta pro parte instituti extent, vitam cum morte commutasse.

Sed antequam ad secundam nostri textus partem accedamus, aliqua prænotanda iudico, vt facilius ratio decidendi prælucescat. Lege Aelia Sentia (quæ anno ab vrbe cōditā 756. lata fuit Cōsul. Sex. Aelio Cat. & Caio Sent. Saturnino) constitutū fuit ne in fraudē creditorum serui manumitterentur: nam debitores propter solutionem creditorum venden do, donando, seu alienando, sępesępius bona dissipabant, quod equi dē inuenitur ex elegantibus verbis Corn. Tacit. lib. 15. *Sceuinus, cui apud Neronem accusato perduellionis, cùm illud inter iuditia obijceretur, quod liberalius solito seruos manumisisset: Respondit libertatem seruis se tum largius dedisse, quòd esset re familiari tenui, & instantibus creditoribus testamento diffideret.* Vnde à creditoribus fuit edicto Prætoris impetratum vt quasi nunquam à vēditore trāditas res liceret eis vindicare l. 34. §. in fauiana, ff. de vsuris, l. 1. & per totū ff. quæ in fraudem cred. l. 7. cum sequentibus tit. 15. part. 5. Et sic alienata in fraudem creditorum per actionem Paulianam, in fraudem Patroni ex testamento per Fabianam, ab intestato per Caluisianam reuocabantur l. 1. eum §. sequenti, ff. si quid in fraudem patroni. Hoc ita inquam fiebat, nam ab initio validæ erāt, sed per has actiones reuocabātur propter fraudem odio dignissimam Cic. 1. offic. *Vt aut fraude fit iniuria: fraus quasi vulpeculæ, vis Leonis videtur vtrumque ab homine alienissimum, sed fraus odio digna maiore.*

Sed quia aliqui debitores in fraudem creditorum seruis libertatē concedebant, nam vt ait Plinius lib. 30. cap. 10. quoniam nullum animal fraudulentius inuidere homini tradunt, & libertas, quæ semel competierat, nunquam vel non facile poterat reuocari, §. semel, instit. ex quibus causis manum. non licet, l. iusta 9. l. si minor, ff. de man. vindicta, Anto. Agustin. lib. 1. emend. cap. 2. Pichardo in §. si quis in integrum, instit. de eo cui libert. causa bona addicūtur, quod equidem admittebatur ne libertas, quæ res inæstimabilis est, pecunia æstimaretur, §. cū ergo, instit. quibus ex causis manumit. non licet, l. libertas 106. ff. de regul. iuris, & ibi Iacob. Cujat. Terent. in Andr. in principio.

Quod habui summū precium persolui tibi,
scis feci te è seruo, vt esses libertus mihi.

Plinius lib. 9. epist. 14. *Nam quid ordinatione ciuilius? quid libertate pretiosius?* etiam Cicero ad Brutum. *Sed nihil tanti fuit, quo occideremus fidem nostram & libertatem*, & quod vulgò dici solet.

Non bene pro toto libertas venditur auro

Nec sine ratione, cum libertas sit vitæ anteponenda: quid enim miserius seruitutis statu? vt ait Cicero pro Cornelio Baluo: *serui quoniam ius & fortuna conditio infima est* cùm infinitis cruciatibus, pugnis, virgis, vinculis, carceribus fuissent expositi, vt ex Seneca epist. 47. & lib. 1. de clementia, ca. 18. ideo lege Aelia Sentia fuit constitutum, vt nihil ageret qui in fraudē creditorum libertates dedisset, easque non reuocabat, sed anullabat, & necessario fuit inuenta, cùm edictum Prætoris hoc minimè potuisset.

Sed licet regula supradicta semper obseruaretur respectu libertatis in fraudem creditorum datæ, permissum fuit eadem lege, vt dominus, qui soluendo non erat, seruum suum cum libertate hæredem instituere possit, vt ei hæres solus & necessarius existat, vt optimē Imperator Iust. in §. lic et

licet autem, inst. quibus ex caus. man. non licet, proponit: *Idque eadem lege Aelia Sentia prouisum est, & rectè. Valde enim prospitiendum erat, vt egenses homines, quibus alius hæres extiturus non esset, vel seruum suum necessarium hæredem haberent, qui satisfacturus esset creditoribus*, idem in §. necessarius, instit. de hęred. qual. & differentia. Hoc que fauore testatoris, & non libertatis fuit acceptum: nam licet plura contra iuris rigorem respectu libertatis sustineantur, vt testatur meæ patriæ Antiquariæ D. D. D. Franc. de Amaya olim in hac Salmanticensi Academia, in maiori Conchẽsi Collegio meritissimus alumnus, voluminisque Cathedræ antecessor dignissimus, nunc in Granatẽsi Ciuitate apud nostrum Regem Philippum Quartum inter Diuos relatum, lib. 1. obseru. ca. 6. & lib. 3. cap. 7. in principio Anto. Pichard. in principio tit. de eo cui lib. causa bona addicuntur, num. 18. attamen hoc solum fauore testatoris, ne scilicet maxima infamia irrogaretur, eo quod sine successore decederet, l. & quia 6. ff. de interrog. act. *Quia defunctorum interest, vt successores habeant*, vnde Cicero in epist. lib. 1. *Eum qui adijt hæreditatem, defuncti famam suscipere scribit*, l. vel negare 6. ff. quemadmod. test. ap. l. primo gradu 23. ff. de fid. lib. cùm defuncti familiam retineãt, vt meus Magister D. D. Melchior de Valentia in hac Salmanticensi Vniuersitate Antecessor Primarius, *Vir nunquam satis pro virtute, pro litteratura laudatus*, in tractat. 1. cap. 1. n. 6. & tractat. 2. ca. 2. n. 32. & ne hærede non existente defuncti bona eius nomine à creditoribus possideatur ex edicto, & vendantur, l. ait Prætor 10. ff. que in fraudem credit. quod turpe semper & ignominiosum habitum apud Romanos, l. pater familias 18. ff. de rebus authoritate Iud. poss. (aliàs l. pater familias 15. ff. de priuil. cred.) d. l. primo gradu 23. ff. quæ in fraudem credit. l. curator 5. l. cuius 9. ff. de curat. furiosi, Cicer. in oratione pro Publio Quinctio: *Ergo hercle cuius bona ex edicto possidentur, huius omnis fama & existimatio simul cum bonis possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponũtur, huic ne perire quidem certè, tacite, atque obscure permittitur, cui magistri fiunt, & domini constituuntur, qui qua lege & conditione pereat, pronuntiet: de quo homine præconis vox prædicat, & pretium conficit, huic acerbissimum viuo videnti que funus ducitur, si funus id habendum sit, quo non amici conueniunt ad exequias cohonestandas, sed bonorum emptores, vt carnifices ad reliquias vitæ lacerandas.* Et Tertul. in Apologet. cap. 3. *Sed & iudicatos in partes secari leges erant. Consensu tamen publico crudelitas erasa est, & in pudoris notã capitis pœna conuersa est, bonorum adhibita præscriptione, suffundere maluit hominis sanguinem, quàm effundere.* Exornant Anton. Cõtius lib. 2. lection subs. cap. 18. eleganter Cuiat. in l. creditores 10. ff. de verbor. signific. Hillig. ad Donel. lib. 18. comment. cap. 7. littera N. in fine. Et ita fauore testatoris seruo vnico libertas concedebatur, licet in fraudem creditorum, hocque in subsidium admittebatur, quando nullus alius extraneus aut velit, aut existere heres possit, quod verba declarant in dicto §. licet autem, ibi, *si modò ei nemo alius, &c.* Et non solum in via institutionis, verũ etiam in via substitutionis, vt noster Paulus considerata lege Aelia Sentia optimè approbauit.

His doctrinis assertis, ratione que decidendi nostri textus collecta, verba nostri textus respectu substituti apparent clariora, beneque Paulum lib. quinquagesimo septimo ad edictum asseruisse, *ante incipiendum erit à substituto*, cùm lex Aelia Sentia libertatem conseruet in subsidium, sicuti ex verbis nostri textus colligitur, *si nemo alius ex testamento hæres esse potest.*

Et

Et cum omnes rationes secundum regulas legis Aelie Sentiæ deficiant. seruo instituto, laus debet attribui in hac decisione libero substituto, cũ ille velit hereditatem adire, & iam fama seu honor testatoris sustineatur. Ex qua decisione infero explicationem ad nostri I.C. sententiam in l. si is qui soluendo 55. ff. de hær. inst. vbi ab eo, qui soluendo non erat, fuit institutus Stichus primo loco, secundo is cui ex fideicommissi causa libertas debebatur. In hac assertione Neratius respondit, scriptum in secundo loco hæredem fore, ea nimirum ratione: *quia non videtur creditorum fraudandorum causa manumissus*. Nam vt inquit Cic. pro Rostio Amer, *sua quemque fraus, & suus terror maximè vexat, suum quemque scelus agitat*, argumento textus in l. si seruo 84. de hær. inst. Triphoninus lib. 23. disp. in l. in testamen. 90. ff. de hoc titulo cum iam inueniatur hæres, qui defuncti familiam sine onere creditorum, & fraude testatoris repræsentet, cúm libertatem non à testatore, sed ab alio consequatur. Sic in nostro textu licet substitutus sit, cùm velit hæreditatem adire, non debet admitti seruus institutus, ex eo quod sit in primo gradu, cùm substitutus sine onere creditores satisfaciat.

Nec obstant fundamenta pro parte serui instituti adducta. Non primũ ex d. l. 60. de hær. instit. nam licet clare ex sententia Celsi appareat, seruum primo loco vocatum exclusis posterioribus nominatis hæredem fore, hoc ita erit arbitrandum, quia omnes scripti hæredes serui sunt, & cũ vnus sufficiat ad defuncti famam substinendam, ideo primus scriptus hæres est, quasi huic testator maiorem habeat affectionem, vt voluit Acursius l. si non lex 83. §. temporibus, ff. de hær. instit. dicta l. generaliter 24. §. quid ergo, ff. de fid. lib. Primo enim loco nuncupatus hæres intelligitur magis dilectus l. publicis 36. §. vltimo ff. de cond. & demonst. cui Tiraq. iungendus in tract. le mort, 2. p. declaratione 9. num. 8. Cuiat. lib. 26. obseru. cap. 21. At vero in nostra lege cùm in dominio substitutus subiectus non sit, ideo licet in secundo gradu vocetur, excluso instituto hæreditatem adire debet, quia non videtur creditorum fraudandorum causa testatoris familiam sustinere.

Neque obstat secundum fundamentum ex eleganti & difficili textu in d. l. ei qui soluendo 83. ff. hoc titulo. Cum enim liber homo institutus fuisset sub ea conditione, *si mihi Stichus hæres erit, tunc Titius quoque hæres esto*, impossibile est, vt voluntas testatoris respectu Titij nisi Stichus hæres sit impleatur. Et cùm qui semel est hæres nunquã desinat hæres esse, cùm regressum nunquam habeat, quod iam factum est, vt denotat Virg. 11. Æneid.

Qui nequit tale videret,
procubuit moriens, & humum semel ore momordit.

Etiam Ouid. epist. 5.

nulla reparabilis arte
Læsa pudicitia est, deperit illa semel.

l. ait Prætor 7. (aliàs l. etsi sine) §. sed quid Papinianus, ff. de minoribus, meus Magister D.D. Melchior de Valentia tract. 1. cap. 2. num. 20. Anton. de Pichardo in §. restituta, inst. de fid. hæred. & Iacob. Cuiat. in not. ad illum tit. littera F. manifeste patet seruo hærede existente non desine re hæredem esse: quia non inuenitur contra regulam legis Ælie Sentiæ,

qua quidem cauetur vt si alius posit existere siue in via institutionis, seu substitutionis, seruus non admittatur. Sed cum in hac specie extraneus non posit hæreditatem adquirere, nisi lex Aelia Sentia libertatem (licet in fraudem creditorum) seruo concedat, institutio serui effectum debet sortiri, & cùm iam hæres sit, admittitur cum coniuncto. At vero in nostra Pauli decisione, cùm liber homo substitutus sit, non simpliciter, sed potius sub conditione quoad effectum, vt exornat Andr. Tiraq. de retract. lign. §.1. glossa 2. ex num. 27. videbatur esse adimplendum, vt voluntas testatoris locum haberet. Discrimen autem in hoc constituitur, nam substitutus duobus modis potest hæreditatem adire, scilicet, quando institutus nolit, aut non posit. Inuenitur autem in nostro textu substitutus liber, & cum ad hoc vt admittatur requiritur necessariò aliquod impedimentum respectu instituti, hoc præstat lex Aelia Sentia, cum non in subsidium seruus ab eo, qui soluendo non erat, hæres institutus remansisset, & iam quasi voluntate testatoris adimpleta, mirum non est bene Paulũ regulis legis Aeliæ Sentiæ parere, dicendo, *ante incipiendum erit à substituto.*

Sed cùm noster Paulus à fundamentis supra traditis minime solutus videatur, ex eo quod illud incõueniens subsequatur, scilicet, substitutionem esse primam institutionem, contra regulam generalem vulgaris & pupillaris substitutionis, vt notãt plures quos congesit Did. Spino de testament. glossa 21. num. 1. & vt ait Cic. 7. in Verr. *tum iste in eorum locũ alios substituere, & supponere cæpit.* Sed notandum est sæpesæpius in substitutione vulgari contingere, vt si aliquod impedimentum respectu instituti, quominus adeat hęreditatẽ existat, ipso iure institutio nulla est, & à gradu substitutionis testamentum sustinetur. Ex qua doctrina infero explicationem ad sententiam Vlpiani, lib. 1. ad Sabinum, in l. sed etsi perceperit 3. §. fin. ff. de lib. & posthum. vbi si à primo gradu aliquis filium præteriret à secundo exheredaret, perempto primo gradu, à secundo exordiũ capere testamentum debet, vt Sabinus & Casius, & Iulianus existimãt, cùm liberi præteriti testamentum infirment, l. filius 7. l. Gallus 29. l. cætera 30. ff. de lib. & posth. Caio lib. 2. inst. tit. 3. l. 10. tit. 9. part. 6. & cũ sufficiat exhæredatio ad hoc vt testamentum vires habeat, incipit à gradu exhæredationis argumẽto text. in l. si à primo gradu 8. ff. de lib. & posth. Ex quo infero explicationem ad text. in l. ex facto 43. § Lucius Titius ff. de vulg. vbi cum filios in potestate vxori substituisset, quæsitum fuit an institutio vxoris nullius esset momenti, cũ ab eo gradu filij non essent exheredati, & Papinianus asert, *eum gradum, à quo filij præteriti, nullius esse momenti, & ideò cum ijdem substituti proponantur, ex testamento eos hæredes extitisse videri scilicet, quia non in totũ testamentum infirmat filius, sed tantum eum gradum qui ab initio non valuit.* Ecce vbi propter impedimentum institutionis incipit à gradu substitutionis: ergo bene Paulus *ante incipiẽdum erit à substito* dixit, cùm per legem Aeliam Sentiam non concedatur libertas seruo instituto, quando alius ex testamento hæres esse posit, vt ex elegantibus verbis Liui ab vrbe. *Fecialis Regem interrogauit, Rex facis ne me tu regium nuntium populique Romani Quiritium: vasa, comites que meos? Rex respondit, quod sine fraude mea populique Quiritium fiat facio.* Et ita cùm fraude creditorum libertas data sit, lex Aelia proponit non fiat. Et sic incipit à substitutione.

Qui

Quibus ita præmissis, conclusio seu dogma principale quod ex prima nostri textus parte desumitur, discutiendum tale est.

Dominus, qui soluendo non est, potest vnum ex seruis suis liberum & hæredem relinquere necessarium, dummodô in eodem testamento nemo alius hæres sit, siue in via institutionis, seu substitutionis.

EX qua conclusione deducitur, quod si vnicus seruus ab eo, qui soluendo non erat, fuerit hæres institutus, libertatem & hæreditatem habebit, licet in fraudem creditorum. Hæres que necessarius testatori existet, vt siue velit, siue nolit, debet hæreditatem adquirere dicto §. necessarius, instit. de hæred. qual. & dif. Vlpian. in fragm. tit. 23. l. lege Cornelia 12. ff. de testam. l. vxori suæ 22. ff. de donat. inter virũ & vxor. argumẽto textus, quẽ sors (vtinam fœlix, vtinam fausta) anno præterito mihi dedit defendendum in hac Salmanticensi Academia, Academiarum in orbe Regina omnium litterarum theatro, tribus ab hinc diebus, auspice Doctissimo Licentiato D. D. Martino de Arnedo Collegij veteris Diui Bartholomei meritissimo alumno, nunc institutionum Cathedræ antecessore, in l. sed ersi conditioni 8. §. fin. ff. de hæred. inst. Itaque licet plura onera sint in hæreditate, seruus institutus ab eo qui soluendo non erat, quamuis nolit, debet coerceri vt familiam testatoris sustineat, satisfaciendo creditoribus.

Deinde deduco, quod institutio serui necessarij debet fieri expressa datione libertatis, ad hoc vt vtrumque ex testamento cõsequatur, l. 3. l. quoties 9. §. si quis ita, & §. seruus cum libertate, l. seruum 50. ff. de hæred. inst. §. idem iuris, instit. quibus ex causis man. non licet, Connan. lib. 10. comment. c. 5. num. 4. Duaren. in comment. ad tit. de hæred. instit. c. 2. Anton. Faber in Iurisprudentia, tit. 6. prin. 6. illat. 1. Donelus, lib. 6. commen. cap. 17. & ibi Osualdus littera F. ea nimirum ratione (licet à pluribus plura assignentur) nam cum nomen hæredis significet existentiam dominij cum Horat. lib. 2. serm. Sat. 3.

Vt hæres Iam circum loculos, vel claueis, Lætus, ouansque curreret, §. fin. inst. de hæred. qual. & dif. l. de hæreditate 19. §. pater ff. de Castr. pecul. Ideo Prætor hæredem seruum facere non potest, cùm dominium ei concedere nequeat, Osual. ad Donel. lib. 7. comment. cap. 14. lit. D. Pich. de adquir. hæred. num. 13. Vnde cùm dificile seu potius impossibile in nostro iure inueniatur, vt aliquis sit seruus & dominus vno eodemque tempore, cum à testatore libertatẽ non recipiat, nequit effici dominus hęreditatis, cum in sua persona nihil iuris ciuilis consistere possit, l. 3. §. fin. ff. de cap. minut. l. quod attinet 32. ff. de reg. iur. textus in §. seruus, inst. de cap. dimin. & ibi Anton. de Pichar. Quam sententiam plures sequuti fuerunt, vt constat ex §. 1. inst. de hæred. instit. *Proprius autem olim quidem secundum plurium sententias, non aliter quàm cum libertate rectè instituere licebat.* l. penult. C. de neces. seru. hæred. instit. ibi: *Et tanta inter veteres exorta est contentio.* Quo quidem cognito, ad verba priora nostri textus intelligenda deueniamus

ueniamus. Non sine ratione Paulum his verbis, scilicet (*seruum tum libertate hæredem instituerit*) pro posuisse, cum necessariò requireretur clausula expressa libertatis, ab eo qui soluendo non erat, ad hoc vt locum haberet institutio respectu serui. Licet hoc aliter iure nouo est constitutum, vt ex allegatis institutionum principijs manifeste constat, & ex l. quidam, C. de neces. ser. hær. inst. l. 3. ibi: *Seria por ende heredero, è libre maguer non le, ouiesse afforrado*, tit. 3. part. 3.

Vnde ex omnibus dictis apparet nullum posse in fraudem creditorum nec inter viuos, nec quādo ad plures it, seruis libertatem concedere: nam vt inquit Cic. 1. offic. *expendere oportebit, quisque habeat sui: id enim maximè decet quod est cuiuscunque suum maximè*, nisi excepto casu supradicto. Vnde difficilis videtur text. in l. seruum filij 44. §. si idē seruus, ff. de leg. 1. vbi Paulus docuit in fraudem creditorum data libertate & simul legato seruo, legatum valere, non vero libertatem. Quod omninò contra iuris regulas responsum à Paulo videtur: nam libertas & legatum eodem modo fraudant creditores (cum legatū sit donatio l. legatum 30. de leg. 2.) non debet valere legatum, si non valet libertas, aut si legatum valet, valebit libertas, cùm multo magis, quàm legati, libertatis causa fauorabilior sit. t

Quæ in difficultate Accursius diuersitatem quandam monstrare conatur inter vtramque speciem, vt fauorabilius sit legatum, quam libertas: nam in libertate est mera liberalitas, in qua non detrahitur falcidia, in legato vero falcidia detrahitur, qua detracta effici potest, vt creditores non fraudentur, quod in libertate nunquam accidere solet. ¶ Verum Acursij solutio vitio diuinationis laborat, dum Paulus intellexit, saltim eo casu quo falcidia fiat, quominus creditores fraudentur, cùm indistinctè loquatur Paulus in præsenti & in l. si quis eum 37. ff de cōd. & dem. Melior ergo & congruentior videtur illa, quam doctissimus vir Iacob. Cuiat. tradit ad l. seruum filij, §. si idem, dum ait legatum valere ipso iure, sed rescindi posse si in fraudem creditorum legatum esse probetur: sed libertatem ipso iure impeditam esse, obstante legis Aeliæ Sentiæ expresso rigore, aut expresso pacto, aut pignoris datione, de quibus omnibus idem Paulus loquitur.

Sed his satisfactis noua inexplicabilia insurgunt, ex l. si quis quos 32. ff. de leg. 2. vbi Modestinus in hac specie scripsit, nec libertatem, neque legatum valere: *Si quis quos non poterat manumittere seruos alij legauerit vt eos manumittat.* In qua difficultate obstat alius Sceuolæ, alius Pauli locus, vnus in l. qui testamento 37. ff. de leg. 2. vbi etsi libertas inutiliter detur, tamen legatum valet: alius in l. si quis eum 37. ff. de cond. & dem. quibus vtrique cōfuti, & aduersus nos, & aduersus se aperto Marte pugnant.

Huic difficultati satisfacere conatur Accurs. in d. l. si quis quos, dum putat valere legatum, libertatem non valere in fraudem creditorum in speciebus omnibus a Paulo relatis, saluo eo casu, quo ille qui debet manumittere, non tam legatarius, quam executor & minister testatoris est. Cū enim in d. l. si quis quos cum solummodo legatarius sit ad libertatē præstandam, legatarius non videtur, quod docte suadet in simili Cuiat. lib. 22. obs. capit. ¶ Verum hanc solutionem meritò improbat Donel. lib. 8. comment. cap. 16. nam in omnibus speciebus idem esse dicendum probat, cùm in omnibus rogetur legatarius, vt seruum sibi legatum manumittat:

mittat: ergo nulla assignari congrua differentiæ ratio potest.

Nec fœlitior est alia Accursij, & aliorum solutio putantium, quòd si testator iubeat manumitti eũ seruum, quem nec ipse nec legatarius manumittere poterant, in ea specie cõditio manumissionis vt impossibilis, aut contra legem reijtiatur, puro manente legato, vt in d. l. seruum filij, & d. l. si quis eum 37. At vero si manumittere possit ipse legatarius, etsi non posset testator, tunc nec valeat legatum, nec libertas debetur, si non manumisit, & conditioni ob temperauit, vt in l. si quis quos 37. de leg. 2. ¶ Labuntur enim interpretes expresse, nam vt docte Donel. d. lib. 8. cap. 16. notauit, potuit manumittere legatarius in specie, in qua legatum capit, nec manumisit, quod comprobat ex Paulo in d. l. si quis eũ in illis verbis, *nõ est compellendus*, potuit compelli: ergo & manumittere, potuit ipse manu mittere, & si testator non posset: ergo legatum non valet, quia cõditioni non obtemperauit, quæ per se possibilis erat.

Quare ad aliam diuersam solutionem se confugiunt Cuiat. d. lib. 22. obseruatio. capit. 1. in fine, & ad dictam legem seruum filij, 44. de leg. 1. §. si idem, & Donel. lib. 8. comment. cap. 18. putauit enim aliud esse retentionem quem habere aliud vero petere rẽ posse ex l. Lutius, §. codicillis, aliàs l. codicillis 91. ff. de leg. 2. Itaque fatendum esse affirmant, dum Cõsulti fatentur non repelli à legato legatarium, idem esse, ac retentionem habere, sed legatum nullo iure peti posse verum esse putant. Verum hæc solutio Donel. & Cuiat. & diuinatoria est, & contra verba Iureconsultorum, nã in d. l. si quis quas nec valere legatum, nec libertatem equaliter affirmat Modestinus: ergo nullo iure valet, nec ad retentionem, nec ad petitionẽ, quam etiam solutionem vt suspectam reiecit Osualdus ad Donel. d. lib. 8. cap. 16. littera C.

Rebardus in tam ambigua Consultorum & interpretum ambage, sibi laurum præbet, dum veram interpretationem inuenisse putat, desumptã ex Epigraphe & inscriptione vtriusque legis: ait enim Paulũ in d. l. si quis eum 37. de cond. & dem. locutum esse de lege Fusia Caninia, vt indicat inscriptio, in qua cùm solummodò fraus fiat legi, quæ vetat vltra certum numerum manumitti, cessat fraus cessante libertate, & valet legatũ quod fraude caret. At in l. Aelia Sentia cum eius lex sit fraus creditorum iam libertate, iam legato dato, cum semper fraudentur creditores, nullo iure legatum valet, nec libertas, & loquutum esse Modestinum de vtraque fraude, & legis Aeliæ Sentiæ pro hibitione comprobat ex inscriptione dictæ legis si quis quos 37, ff. de leg. 2. quę est Modestini lib. 1. regul. & in eo libro de lege Aelia Sentia agit, vt constat ex eadem inscriptione, & contextura legis si consentiente 16. ff. de manumis. quam sententiam tacite approbat Osuald. ad Donel. d. lib. 8. cap. 16. lit. D.

Verum aperte Paulus aduersus supradictam Rebardi solutionem insurgit in d. l. seruum filij, §. si idem seruus de leg. 1. dum agit de lege Aelia Sentia, & libertate data in fraudem creditorum, & tamen sublata libertate valere legatum apertè demonstrat, cujus verbis omnino falsa & contra iuris regulas reditur Rebardi distinctio. ¶ Nec placet intellectus Francisci Duareni in d. l. seruum filij, dum ait libertatem directò non valere in omnibus illis speciebus, sed fideicommissarie tantummodo. Quod com-

probat

probat in exemplo serui alieni, aut pignorati directò manumissi, ex lege generaliter 24. §. si quis seruo, ff. de fideicommiss. lib. de qua & eius intellectu videndus est Petrus Faber lib. 2. semest. cap. 19. Forner. lib. 4. select. ca. 10. Sed cōuincitur Duarenij solutio ex Paulo in d. l. seruum filij, dum tria ponit exempla vnum serui in fraudem creditorum manumissi, aliud serui pignorati, aliud serui in perpetuum seruitute constituti: ergo si vt voluit Duaren. valeret in his speciebus fideicommissaria libertas, valeret etiam quando seruus perpetuo vetitus est manumitti, quod omnino & contra iuris regulas est: ergo si in hoc casu non valet fideicommissaria libertas, nec in cæteris, cùm omnia exempla sint coniuncta, quasi eiusdem rei.

Verum ego pace omnium existimo, in omnibus his speciebus libertatem fideicommissariam valere, & etiam eo casu, quo in perpetuam seruitutem peruenit seruus, quo casu explicito nulla manebit in hac re difficultas. Perpetua enim seruitus non ita debet accipi, vt accepit Accurs. de eo qui pacto venditus fuit ne manumitteretur, ex l. ea quidem, C. si mancipium ita venierit. Vocatur enim seruitus perpetua, dùm quis à domino manumissus ob delictum, compedibus & vinclis continetur, quod lege Aelia Sentia cautum erat, quod indicat inscriptio, & obscura verba legis verum est 210. ff. de verbor. signification. & ita Cuiat. ex iuris principijs ibidem intellexit, quod idem Vlpian. docuit in frag. tit. 1. dum deditios ex l. Aelia Sentia feci dicat, si à domino sint vincti & bestijs deditis, & constat etiam ex Suetonio in Aug. hi enim etsi hac seruitute notati, tamen manumitti poterant, Petrus Faber dicto lib. 2. semest. cap. 19. ex l. fratres Imperatoris 35. ff. de pœnis: ergo iam liquet in dicta l. seruum filij, in omnibus illis speciebus libertatem non valere directò, sed fideicommissariè, eo casu quo non fraudentur creditores, aut pignus luatur, aut seruus sit vinctus à domino, quod ex d. l. generaliter, §. si quis seruo, ff. de fid. lib. suadent. Sed si seruo omnino incapaci libertatis libertas legetur, & simul ipse seruus, neque libertas, neque legatum valet, nec fideicommissariè, nec directè, vt in eo seruo qui manumittitur ex pacto non potest, vt rectè notant Nicol. Valla de reb. dub. tract. 14. num. 7. de quo seruo agitur in dicta l. si quis quos. ¶ Quòd si dixerit, quare saltim legatum non valeret, cum tantummodo impedimentum libertatis sit, ratio est, quia quando libertas & legatum simul concurrunt, & impossibile est legatum libertatis, impossibile quoque & serui legatum redditur ex l. 3. §. final. de fundo instructo, & instit. leg. quæ omnia eruditissime inter legendum docuit meus magister clariori ingenio præditus, virtute dotatus, Doctor D. Ioannes Antonius Nuñez de Zamora, verè iuris prudentiæ Salmantinus professor.

Quidquid etiam difficile in hac Pauli sententia modo occurrit, est figurando verba nostri textus respectu substituti, quatenus creditor vniuersalis testatoris sit. Itaque si à debitore libertas inter viuos fuerit in fraudem creditoris alicui seruo concessa, & postea in testamento seruum suum cum libertate hæredem instituerit, creditoremque vniuersalem omnium bonorum substituerit, licet verum sit secundum nostram decisionem, quód per aditionem substituti seruus institutus ab eo, qui soluendo non

non erat, ab hæreditate repellatur, & remaneat seruus substituti, qui creditor antea erat. Adhuc respectu libertatis inter viuos data non exiguam nostra conclusio patitur difficultatem: Nam si aduertamus illam libertatem in fraudem creditoris inter viuos datam lege Ælia Sentia anulari. Attamen cum ad casum deueniat, à quo incipere poterat, scilicet, quando debitum extinctum est, licet mera iuris subtilitate libertas non debeat sustineri, nisi denuó manumisio fiat, videndum erit si saltim iuris æquitate seruo concedatur? In primus etenim manifeste in nostra iurisprudentia constat, aditione hæreditatis facta à substituto creditore, omne ius crediti & debiti inter eum & testatorem consistens non solum ciuile, verum & naturale extinguitur, cùm per repræsentationem quadam iuris fictione vna persona cum testatore consideretur. Vnde videtur hæres habere eundem consensum in libertate data inter viuos quem ipsemet testator, cùm ex sua voluntate vicem testatoris sustineret. Deinde euentus solutionis deficit, cùm extinctio debiti & crediti per adquisitionem hæreditatis reperiatur: ergo substitutus nequit seruũ ad suum dominium reuertere cum omnes causæ deficiant. Et iam inuenitur casus singularis, vbi libertas à principio data in fraudem creditorum sustinetur. Sed cadimus in Scylam d um Charibdim euitare conamur, cùm libertas rigore neque æquitate iuris erit seruo concedenda: nam lex Aelia Sentia taliter impedit libertatem, quasi nunquam à debitore datam, vt supra exposuimus. Hinc euenit, vt quando substitutus repræsentat testatorem supradicta fictione, eum etiam repræsentet cum fictione legis Aeliç Sentiæ. Lex autem Aelia Sentia fingit libertatem nunquam esse datã, cum à principio dolus maximus inueniatur. Ergo vt nunquam cum effectu manumissum substitutus in suo dominio seruum habebit, licet ius crediti & debiti per aditionem extinguatur. Aliter autem iam libertas valida esset in fraudem creditorum contra nostrum textum. Et quamuis confusio, seu exinctio plura in iure causet cùm ad nostrum thema simpliciter nõ pertineat, videat qui velit doctissimum meum Magistrum. Illustr. Princip. D. D. Ioannem Sfrond. huius Vniuersitatis Rector. amplis. in quem virtutis, nobilitatis, prudentiæ, omniumque scientiarum tanta confluunt, vt singula per alios dispersa ipsos ad summum gloriæ verticem perducant in libro de confusionum obligatione per totum.

Sed ex conclusione supra tradita aduertendum est, seruum vnicum institutum ab eo, qui soluendo non erat, necessarium existere, vt siue velit, siue nolit debeat hæreditatem adire, vt supra probauimus. Sed huic resolutioni valde opponitur difficilis textus, in l. ait Prætor. §. si fraudator, versiculo *idem & in seruo necessario*, ff. quæ in fraud. credit. vbi videtur abstensionis beneficium à Prætore concedi seruo necessario, cùm versiculus *idem* ad omnem supra traditam speciem referatur.

Cui difficultati plures satisfacere conantur. Et Anton. Faber lib. 10. cõiect. cap. 14. suo more multas in Tribonianum cumulat calumnias, vt quasi ex suo capite illa verba *idem & in seruo necessario* addiderit, detraxit. Quç ratio mihi leuissima videtur, nam si omnes difficultates quæ in iuris prudentia Romana inueniuntur hoc modo fuissent dissolutæ, quilibet etiã qui primis labijs non dum eas degustasset, optimis & sapientioribus æquaretur.

retur. Quare Acurs. verbis retentis existimat, necessario hæredi ad separationem impetrandam, vtile esse restitutionis auxilium. Sed hæc Acurs. solutio iuris principijs maxime refragatur, nam cum post impetratam separationem hæres adhuc maneat, nequit dari casus, vt cessante directa vtilibus actionibus postuletur.

Quare in re tam difficili meus Magister D. Doctor Ferdin. Arias iuris Pontificij in hac Salmãticensi Academia eruditissimus Antecesso, sensum Vlp. noue inter legendum declarauit existimando illa verba, *idem & in seruo necessario*, non esse referenda, ad ea quæ inmediate procedunt, sed ad id potius quod Vlp. scripserat in §. si fraudator eiusdem legis. Sed cũ ea vobis offeram quæ viginti quatuor horarum angustijs delegenda suscepi vnius que horæ tempus fuerit elapsum, claudamus riuos, sat prata bibere.

